

- VAN EEN 'RUSH TO THE COURTS' NAAR EEN 'RUSH TO THE JUDGMENT'
- RUIM 1 JAAR WET DEELGESCHILLEN
- HR 24 JUNI 2011, JA 2011/153 EN JAR 2011/ 192

Middels deze nieuwsbrief informeren wij u graag over de laatste ontwikkelingen op het gebied van aansprakelijkheid, verzekering en vervoer.

VAN EEN 'RUSH TO THE COURTS' NAAR EEN 'RUSH TO THE JUDGMENT'

Auteur: **Menno van Essen** (m.l.vanessen@nysingh.nl)



De aansprakelijkheidsregeling van het CMR-Verdrag kent als uitgangspunt (kort door de bocht) dat bij schade of verlies van de lading de aansprakelijkheid van de vervoerder is beperkt (art. 23 CMR, ca. € 9,30/kg), tenzij de schade of het verlies is te wijten aan zijn

opzet of daaraan gelijk te stellen schuld (art. 29 CMR). De vraag wanneer van dit laatste sprake is wordt per land verschillend beantwoord. Zo staat Nederland bekend als "vervoerdersvriendelijk", omdat Nederlandse rechters een beroep op aan opzet gelijk te stellen schuld bijna nooit honoreren. Een Duitse rechter daarentegen zal eerder genegen zijn om de aansprakelijkheidslimiet op deze grond te doorbreken.

In geval van ladingschade kunnen zowel de ladingbelanghebbenden als de vervoerder een vordering aanhangig maken (de vervoerder kan vorderen dat in rechte wordt vastgesteld dat hij niet of slechts beperkt aansprakelijk is, door middel van een zogenaamde negatieve verklaring voor recht-procedure). Zij kunnen dat doen in het land waar de gedaagde is gevestigd, waar de goederen in ontvangst zijn genomen, en waar de goederen dienden te worden afgeleverd (art. 31 lid 1 CMR). Voorts bepaalt het CMR-Verdrag dat wanneer eenmaal een vordering aanhangig is gemaakt, "geen nieuwe vordering omtrent hetzelfde onderwerp tussen dezelfde partijen" kan worden ingesteld (art. 31 lid 2 CMR; de litispendingregeling van het CMR-Verdrag). Vandaar dat er tussen de ladingbelanghebbende en de vervoerder niet zelden een wedloop naar de "gunstigste" rechter ontstaat, ook wel een "rush to the

courts" genoemd.

In tegenstelling tot de Nederlandse beschouwt de Duitse rechter een negatieve verklaring voor recht-procedure en een ladingschadeclaim echter als verschillende vorderingen in de zin van het CMR-Verdrag. Indien een vervoerder in Nederland een negatieve verklaring voor recht-procedure aanhangig maakt, verhindert dat dus niet dat een Duitse rechter zichzelf bevoegd acht om te oordelen over een nadien door ladingbelanghebbenden bij zijn rechtbank ingestelde "nieuwe vordering omtrent hetzelfde onderwerp tussen dezelfde partijen".

De volgende casus is een mooi voorbeeld: in april 2001 sloten Siemens Nederland en TNT een overeenkomst tot vervoer betreffende een zending strategische goederen (gewicht 12 kg, waarde DM 103.540,-) van Nederland naar Duitsland. De goederen werden echter niet afgeleverd. Op 6 mei 2002 maakte TNT bij de Rechtbank Rotterdam een negatieve verklaring voor recht-procedure aanhangig. Veel later, op 20 augustus 2004, maakte (de verzekeraar van) Siemens een ladingschadeclaim bij het Landgericht in München aanhangig. Op 4 mei 2005 werd de vordering van TNT door de Rechtbank Rotterdam afgewezen. TNT ging in hoger beroep. Terwijl dit hoger beroep in Nederland nog liep, kende het Landgericht in München bij beslissingen van 4 april en 7 september 2006, aan Siemens schadevergoeding toe.

Om dit Duitse vonnis in Nederland te kunnen executeren verzocht Siemens de Rechtbank Utrecht het uitvoerbaar in Nederland te verklaren. De rechtbank wees het verzoek toe, omdat hij (kort samengevat) op grond van de EEX-Verordening de bevoegdheid van de (in dit geval) Duitse rechter niet mag toetsen (art. 35 lid 3 EEX; de erkennings- & tenuitvoerleggingsregeling uit de EEX-Verordening). TNT stelde

sprong-cassatie in tegen de beslissing van de Rechtbank Utrecht. TNT stelde (onder meer) dat de EEX-Verordening bepaalt dat verdragen die voor bijzondere onderwerpen (zoals internationaal vervoer van goederen over de weg) een eigen litispendingie- en erkennings- & tenuitvoerleggingsregeling kennen, in beginsel niet worden aangetast door de bepalingen van de EEX-Verordening (art. 71 EEX). Nu het CMR-Verdrag in een dergelijke regeling heeft voorzien gaat die regeling voor, zo TNT. De Hoge Raad werd aldus geconfronteerd met het lastige vraagstuk van samenloop van de erkennings- & tenuitvoerleggingsregeling van de EEX-Verordening enerzijds en de litispendingie- en de erkennings- & tenuitvoerleggingsregeling van het CMR-Verdrag anderzijds. De kern van het probleem is gelegen in het feit dat de EEX-Verordening voorschrijft dat een Nederlandse rechter een Europees vonnis uitvoerbaar dient te verklaren, ook als dat is geweest door een (naar Nederlandse maatstaven) onbevoegde rechter, terwijl anderzijds de gangbare uitleg van art. 31 lid 2 CMR inhoudt dat een aangezochte rechter geen verlof tot tenuitvoerlegging verleent als de rechter die de uitspraak heeft gedaan zich onbevoegd had moeten verklaren (aldus voorziet art. 31 lid 2 CMR niet alleen in een litispendingieregeling, maar ook deels in een erkennings- & tenuitvoerleggingsregeling).

De Hoge Raad besloot dit vraagstuk voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HR 28 november 2008, NJ 2008/623). Praktisch samengevat vraagt de Hoge Raad welke regeling (CMR of EEX) in gevallen zoals het onderhavige voorrang heeft. Het Europese Hof (HvJEU 4 mei 2010, NJ 2010/482) antwoordde dat een litispendingie- en een erkennings- & tenuitvoerleggingsregeling als opgenomen in het CMR-Verdrag van toepassing is, mits deze regeling in hoge mate voorspelbaar is, een goede rechtsbedeling vergemakkelijkt, het risico van parallel lopende processen zoveel mogelijk beperkt, en evenzo gunstige voorwaarden kent als de EEX-Verordening om het vrije verkeer van beslissingen en het wederzijdse vertrouwen in de rechtsbedeling binnen de Europese Unie te waarborgen.

Op het eerste gezicht lijkt het er op dat de Rechtbank Utrecht terecht geoordeeld heeft dat zij de bevoegdheid van de Duitse rechter niet mocht toetsen. Immers, vanwege de afwijkende Duitse uitleg van de litispendingieregeling van het CMR-Verdrag lijkt deze regeling daardoor per definitie niet in hoge mate voorspelbaar, en zal deze het risico op parallel lopende processen eerder vergroten dan beperken. Het winnen van een "rush to the courts" zou dus zomaar een Pyrrusoverwinning kunnen blijken te zijn.

Om als vervoerder de Duitse rechter alsnog buiten spel te zetten biedt de EEX-Verordening echter een andere mogelijkheid. De EEX-Verordening bepaalt dat Europese beslissingen niet uitvoerbaar kunnen worden

verklaard indien reeds een beslissing is genomen omtrent hetzelfde geschil (art. 34 lid 4 EEX). Vertaald naar de casus: de Rechtbank Utrecht had het verlof tot tenuitvoerlegging van het Duitse vonnis in Nederland dus niet mogen verlenen indien er reeds een negatieve verklaring voor recht was afgegeven door de Rechtbank Rotterdam (dan wel in hoger beroep door het Hof). Het is dus zaak dat in een geval als het onderhavige de vervoerder de Duitse procedure zoveel mogelijk vertraagt, en ervoor zorgt dat de Nederlandse rechter als eerste uitspraak doet. Voor de ladingbelanghebbenden geldt uiteraard het omgekeerde. Niet een "rush to the courts" dus, maar een "rush to the judgment".

RUIM 1 JAAR WET DEELGESCHILLEN

Auteur: **Maarten Spronck (m.t.spronck@nysingh.nl)**



Hoewel bij de invoering van de Wet Deelgeschillen een hausse aan verzoekschriften werd verwacht, bleef die in de eerste fase uit. Rechtbanken waren daar niet ongelukkig mee. De trein kwam echter wel op gang gezien de toename van

het aantal gewezen beschikkingen vanaf begin dit jaar. Op een enkel verzoek na, werden alle deelgeschillen aanhangig gemaakt vanuit slachtofferzijde. Dat aan het aanhangig maken van een deelgeschil echter ook risico's kleven is gebleken, aangezien inmiddels de nodige beschikkingen zijn gewezen waarin het verzoek werd afgewezen. Weliswaar wordt doorgaans wel een kostenveroordeling uitgesproken, edoch de vraag is uiteraard of de positie van de benadeelde partij binnen het minnelijk proces er nadien niet moeilijker op wordt. Belangenbehartigers behoren een gedegen afweging te maken of de stand van zaken in het minnelijk traject het aanhangig maken van een deelgeschil daadwerkelijk rechtvaardigt.

Uit de inmiddels verschenen jurisprudentie tot en met 1 september jl. komt naar voren dat het voorleggen van "het gehele geschil" aan de deelgeschilrechter niet succesvol zal zijn. Weliswaar laat de parlementaire geschiedenis toe dat meerdere deelgeschillen kunnen worden voorgelegd, maar dat mag er niet toe leiden dat de rechter een oordeel over het gehele geschil zal moeten geven, aangezien het deelgeschil dan het karakter krijgt van een bodemprocedure. Met het bevorderen van de tussen partijen buiten rechte te voeren onderhandelingen, welke uiteindelijk moeten uitmonden in een vaststellingsovereenkomst, heeft dat niet meer van doen, aldus bijvoorbeeld de Rechtbank Rotterdam 1 juni 2011, LJN:BQ 6735. Hierbij teken ik aan dat het voorleggen van de aansprakelijkheidsvraag wel mogelijk is; het verweer dat daarmee het gehele geschil aan de rechter wordt voorgelegd gaat dan niet op.

Zie bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 22 december 2010, LJN:BO 9396. Wel moet uiteraard worden gezien of de bijdrage van de verzochte beslissing aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst zodanig is dat dit opweegt tegen de kosten en het tijdsverloop van de procedure. In zaken waarin voorlichting door deskundigen nodig is, dan wel het horen van getuigen, zal veelal het verzoek worden afgewezen omdat hiermee een aanzienlijke investering in tijd, geld en moeite moet worden gedaan. Gezien de ratio van de deelgeschillenprocedure dient de rechter ingevolge artikel 1019z Rv te toetsen of de verzochte beslissing voldoende kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. De investering in tijd, geld en moeite, moet aldus worden afgewogen tegen het belang van het verzoek en de bijdrage die een beslissing aan de totstandkoming van de minnelijke regeling kan leveren, zie bijvoorbeeld Rechtbank Haarlem 12 mei 2011, LJN:BQ 4765.

Wat uit de parlementaire geschiedenis niet duidelijk blijkt, is hoe dedeelgeschillenprocedure zich verhoudt met de verzoekschriftprocedure tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht. Sommige rechtbanken oordelen dat een verzoeker in een deelgeschil niet ontvankelijk moet worden verklaard in het verzoek tot benoeming van een deskundige omdat dit geen verzoek betreft als bedoeld in de Wet Deelgeschillen. Immers, voor behandeling van een dergelijk verzoek is een passend procesrechtelijk instrument in de vorm van een voorlopig deskundigenbericht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering opgenomen, zie bijvoorbeeld Rechtbank Breda 2 mei 2011, LJN:BQ 3210. De Rechtbank Amsterdam (23 december 2010, LJN:BP 1581) kijkt daar anders tegenaan en hanteert dezelfde procedure als bij het voorlopig deskundigenbericht. In die zaak werd een beschikking afgegeven die ook afgegeven had kunnen worden indien een verzoek tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht zou zijn ingediend.

Bekend is dat de Wet Deelgeschillen bepaalt dat de rechter de kosten van het deelgeschil aan de zijde van de benadeelde in de beschikking begroot aan de hand van artikel 6:96 BW. Het begroten van de omvang van de kosten wordt niet eenduidig gedaan. Het komt regelmatig voor dat bij het voeren van gemotiveerd verweer tegen de omvang van de kosten, gezien het hoge uurtarief, een lager tarief wordt toegewezen. Het voeren van verweer tegen de opgevoerde kosten is dus wel degelijk zinvol. Dat werd helemaal duidelijk in de uitspraak van de Rechtbank Assen 6 juli 2011, LJN:BR 0730, waarin de benadeelde werd verweten geen feiten of omstandigheden te stellen waaruit volgt dat tussen haar en de verzekeraar sprake is van een geschilpunt dat aan het tot stand komen van een vaststellingsovereenkomst in de weg staat. De rechtbank oordeelde dat de benadeelde in haar stelplecht tekort schoot en verklaarde haar niet ontvankelijk. Naar de mening van de rechtbank

werd het verzoek tegen beter weten in ingesteld, waarin zij aanleiding zag om de benadeelde in de kosten van de procedure te veroordelen. De benadeelde kwam van een koude kermis thuis doordat niet de verzekeraar maar zij zelf werd veroordeeld in de kosten van € 5.000,00. Er rest geen andere conclusie dan dat het voor de verzekeraar zinvol is te bezien of in een deelgeschil gemotiveerd verweer te voeren is en voor de benadeelde partij geldt: bezint eer gij begint.

HR 24 JUNI 2011, JA 2011/153 EN JAR 2011/ 192

Auteur: Marjolijn Gregoor (m.gregoor@nysingh.nl)



Een werkgever is aansprakelijk voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoont dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan óf dat de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid

van de werknemer (art. 7:658 lid 2 BW). De in lid 1 van art. 7:658 BW opgenomen zorgplicht ziet onder meer op de door de werkgever te treffen (veiligheids)maatregelen en de aan de werknemer te geven instructies.

De Hoge Raad heeft onlangs een arrest (HR 24 juni 2011, JA 2011/153 en JAR 2011/ 192) gewezen over de reikwijdte van art. 7:658 lid 2 BW. In deze zaak ging het om een ingeleende dakdekker die tijdens het werk letsel opliep bij een val door een golfplaten dak. De precieze toedracht van het ongeval is niet komen vast te staan. Wel staat vast dat de werknemer tijdens zijn val geen beveiligingsmiddelen, zoals gordels of vallijnen droeg. Deze waren wel door de werkgever beschikbaar gesteld. De werkgever had daarnaast aan de werknemer toereikende veiligheidsinstructies gegeven. Bovendien is komen vast te staan dat de werkgever regelmatig controleerde of de werknemers de veiligheidsvoorschriften daadwerkelijk naleefden.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde dat de werkgever was geslaagd in het bewijs dat hij aan zijn zorgplicht had voldaan. Daarbij nam het hof mede in aanmerking dat van de werkgever niet kon worden verwacht dagelijks en voortdurend aanwezig te zijn bij het uit te voeren werk.

In cassatie betoogde de werknemer dat art. 7:658 lid 2 BW meebrengt dat in situaties waarin de werknemer zelf een handeling moet verrichten tot effectivering van een veiligheidsvoorziening (i.c. het vastgespen van de veiligheidsgordels of vallijnen) en de werknemer deze handeling achterwege laat, de schade slechts dan voor rekening

van de werknemer moet blijven indien die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Dit betoog is door de Hoge Raad verworpen.

Uitgangpunt is dat de werkgever aan aansprakelijkheid ontkomt, als hij aantoonbaar dat hij de veiligheidsmaatregelen heeft genomen en dat de veiligheidsinstructies heeft gegeven die van hem konden worden geveerd. Ook als de schade niet is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. De Hoge Raad bevestigt hiermee dat op de werknemer (ook) een eigen verantwoordelijkheid rust voor het gebruik van beschikbaar gestelde beveiligingsmiddelen en het opvolgen van instructies.

Sectie aansprakelijkheid, verzekering & vervoer

Advocaten

Anneke Bolt	a.t.bolt@nysingh.nl
Elly Bos - van den Berg	e.bos-vandenberg@nysingh.nl
Jan van der Burg	j.vandenburg@nysingh.nl
Esther Ceulen	e.p.ceulen@nysingh.nl
Tjalling Dorhout Mees	t.j.dorhoutmees@nysingh.nl
Natasja Elderman	n.elderman@nysingh.nl
Menno van Essen	m.vanessen@nysingh.nl
Rutger Evers	r.evers@nysingh.nl
Marjolijn Gregoor	m.gregoor@nysingh.nl
Michiel van Haastert	m.f.h.m.vanhaastert@nysingh.nl
Lianne van den Ham-Leerkes	l.vandham@nysingh.nl
Matthijs van Hasselt	f.m.vanhasselt@nysingh.nl
Anita de Ruiten	a.p.e.deruiten@nysingh.nl
Laura Schuurs	l.schuurs@nysingh.nl
Maarten Spronck	m.t.spronck@nysingh.nl

Locatie Apeldoorn

Vosselmanstraat 260, 7311 CL Apeldoorn
 Postbus 10100, 7300 GC Apeldoorn
 Tel. 055 527 12 71
 Fax. 055 522 31 11

Locatie Arnhem

Velperweg 10, 6824 BH Arnhem
 Postbus 9220, 6800 KA Arnhem
 Tel. 026 357 57 57
 Fax. 026 442 49 42

Locatie Zwolle

Burgemeester Roelenweg 11, 8021 EV Zwolle
 Postbus 600, 8000 AP Zwolle
 Tel. 038 425 92 00
 Fax. 038 425 92 52

Deze nieuwsbrief verschijnt enkele malen per jaar. Stelt u geen prijs op ontvangst van deze nieuwsbrief of ontvangt u de nieuwsbrief nog niet en wilt u zich juist abonneren, dan kunt u contact opnemen met Margriet Sanders (m.sanders@nysingh.nl of 038 - 425 92 36) of kijken op nysingh.nl/nieuwsbrieven. Bijdragen worden geschreven door verschillende auteurs. Voor vragen of suggesties kunt u zich wenden tot de eindredactie: mr. Esther Ceulen (advocaat kantoor Arnhem, 026 - 3 575 718).

© 2011, Nysingh advocaten-notarissen N.V. te Apeldoorn, KvK 08118371. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van Nysingh advocaten-notarissen N.V. worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaardt Nysingh advocaten-notarissen N.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan. Deze nieuwsbrief is van algemene strekking. Wij raden u aan om in specifieke gevallen om advies te vragen.